

修繕義務違反による営業利益相当の損害に関する賃借人の損害軽減義務 柴田

判例評釈

修繕義務違反による営業利益相当の損害に関する賃借人の損害軽減義務

最高裁平成21年 1 月29日第二小法廷判決（民集63巻 1 号97頁）

柴 田 総 司

1. 事実の概要

Xは、カラオケ店などの経営を業とする株式会社である。Y1は、事業協同組合であり、平成 8 年 8 月31日に総会決議により解散した。Y2は、Y1の代表理事であり、Y1解散後はその清算人に就任した。

平成 4 年 3 月 5 日、XはYらから賃借期間を 1 年間、使用目的を店舗としてY1所有の建物（本件ビル）の一部（本件店舗部分）を借り受けて（本件賃貸借契約）、同所でカラオケ店を営業していた。本件賃貸借契約は 2 度更新され平成 7 年 3 月 4 日に契約期間が満了したが、その契約の継続に関する協議が成立しないまま、Xは本件店舗部分での営業を継続していた。

平成 4 年 9 月ごろから、本件店舗部分において原因不明の浸水が頻繁に発生するようになり、平成 9 年 2 月12日に発生した浸水事故（本件事故）によりXは本件店舗部分でのカラオケ店の営業を継続することが不可能となった。

Xは平成 9 年の本件事故直後より、Yらに対して本件ビルの修繕を求めていたが、Yらはこれに応じなかった。平成 9 年 2 月18日付けの書面

において、Yらは本件賃貸借契約を解除する意思表示をし、明渡しを求めた。

なお、本件ビルは事故前の調査で、本件事故直前、老朽化による改修の必要はあるものの、使用不能とまでは至っていない状態であったことが明らかとされている。また、平成9年5月27日に、Xは本件事故によるカラオケセット等の損傷に対し約3700万円の保険金の支払を受けたが、これらの保険金には、営業利益の損失に対するものは含まれていなかった。

平成10年9月14日、Xは本件店舗部分における営業のめどが立たないため、YらはXの営業が再開できるように本件ビルを修繕すべき義務があるのに履行しないなどと主張し、営業利益損失等による損害賠償を求める本件本訴を提起した。これに対し、Yらは本件修繕義務の存在を否定した。平成11年9月13日、Xに対し、賃料不払等を理由として本件賃貸借契約を解除する旨の意思表示をし、本件店舗部分の明け渡しを求めた（反訴請求）。

一審判決 [福井地裁敦賀支部平成15年8月22日判決（民集63巻1号109頁）]は、Y1がXから賃料を継続して受領していたことを理由にYらに賃貸人としての修繕義務違反があることを認定した。また、本件賃貸借契約の終了時期をYらからXへの平成9年2月18日付けの解除の意思表示が到達した時とした上で、本件事故による営業利益喪失の損害は事故発生時から本件賃貸借契約の終了時までで得られたであろう部分に限られるとしてXのYらに対する請求を一部認容するとともにYらのXに対する本件建物の明渡しを認めた。

原審 [名古屋高裁金沢支部平成18年10月16日（民集63巻1号123頁）]では、Yら のXに対する本件賃貸借契約解除の意思表示は無効である

とし、YらのXに対する建物明渡等反訴請求を棄却するとともに、本件事件後のYらの修繕義務を認め、本件事故によりXが被った営業利益損失の発生期間を本件事故の日の1ヶ月後からXの求める損害賠償の終期（平成13年8月11日）までであるとして、XのYらに対する請求を認めた。

これに対し、Yらは民法416条1項における損害の解釈に関して誤りがある、過失相殺の主張に対する判断がなされていないとして上告。

2. 判旨

本訴部分につき破棄差戻し

反訴部分については上告棄却

事業用の店舗の賃借人が、賃貸人の債務不履行により当該店舗で営業することができなくなった場合には、これにより賃借人に生じた営業利益損失の損害は、債務不履行により通常生ずべき損害として民法416条1項により賃貸人にその賠償を求めることができると解するのが相当である。・・・しかしながら、前記事実関係に抛れば、・・・上告組合が本件修繕義務を履行したとしても、老朽化して大規模な改修を必要としていた本件ビルにおいて、被上告人が本件賃貸借契約をそのまま長期にわたって継続し得たとは必ずしも考え難い。また、本件事故から約1年7ヶ月経過して本件本訴が提起された時点では、本件店舗部分における営業の再開は、いつ実現できるかわからない実現可能性の乏しいものとなっていたと解される。他方、被上告人が本件店舗部分で行っていたカラオケ店の営業は、本件店舗部分以外の場所では行うことができないものとは考えられないし、前記事実関係によれば、被上告人は、平成9年5月27日に、本件事故によるカラオケセット等の損傷に対し、合計

37,116,646円の保険金の支払を受けているというのであるから、これによって、被上告人は、再びカラオケセット等を整備するのに必要な資金の少なくとも相当部分を取得したものと解される。

そうすると、遅くとも、本件本訴が提起された時点においては、被上告人がカラオケ店の営業を別の場所で再開する等の損害を回避又は減少させる措置を何ら執ることなく、本件店舗部分における営業利益相当の損害が発生するにまかせて、その損害のすべてについての賠償を上告人らに請求することは、条理上認められないというべきであり、民法416条1項にいう通常生ずべき損害の解釈上、本件において、被上告人が上記措置を執ることができたと解される時期以降における上記営業利益相当の損害のすべてについてその賠償をY1らに請求することはできないというべきである。

3. 評釈

(1) 本判決の意義

本件は、賃貸人の債務不履行により生じた営業利益喪失相当の損害を、民法416条1項にいう通常損害にあたるとし、建物の賃貸人の債務不履行によって生じた営業利益喪失相当の損害について損害賠償を求める場合、債権者である賃借人は損害軽減義務を負うべきであるとの前提に基づいた判断を下した事例であり、最高裁として初めて損害軽減義務を認めた判断である。これまで損害軽減義務は、学説において418条の過失相殺の枠内や、保護範囲説での金銭評価のレベルで損害賠償額の算定基準時との関係で論じられてきていた。しかし、本判決は、相当因果関係説にたったうえで、416条の枠内で損害軽減義務を論じており、損害の算定基準時を損害の範囲の問題として考えていることから、従来とは異

なる解釈となっている⁽¹⁾。

また、本判決では、「民法416条1項にいう通常生ずべき損害の解釈上」Xが損害軽減措置「を執ることができたと解される時期以降における上記営業利益相当の損害のすべてについてその賠償をYらに請求することはできない」との判断をした。これは、損害軽減義務の違反の有無によって、損害が通常損害か特別損害か振り分けられるという機能を持つと解することができる。すなわち、損害軽減措置をとるべき時期が通常損害の範囲確定の基準時となり、それ以降に生じた損害は特別損害として賠償される可能性があるとの判断といえる。これにより、損害軽減義務が通常損害の範囲を確定する機能を持つということになる。

本判決は、事例判断ではあるものの、本件で裁判所が示した損害軽減義務を負うべき状況は、一般的な種類物売買などにもあてはめが可能であり、実務への影響は大きい判断であるといえる。

(2) 従来の判例・学説

(一) 営業利益相当の損害について

債務不履行による損害賠償の範囲について、民法416条は1項に通常損害について、2項に特別損害について規定する。通常損害とは、その種の債務不履行があれば、社会一般の通念に従って通常発生するものと考えらえる範囲の損害であるとされる⁽²⁾。これに対し、特別損害とは、

(1) 従来からも、相当因果関係説のもとで損害軽減義務は取り上げられているが、独立の義務としてよりも、相当性の判断の中で「不可避性」などの下位基準として考えられているようである。北川善太郎『注釈民法10巻』(1987)547頁以下。

(2) 奥田昌道『債権総論 [増補版]』(1992)178頁。

特別の事情によって生じた損害であり、その「特別な事情」についての予見可能性が要件となる。すなわち、ある事情によって生じた損害については、その事情が当事者に予見できるものでなければ、賠償の範囲には含まれない。そのため、特別損害の場合、債権者はその予見可能性についての主張・立証の必要に迫られることになる。

ここで問題となるのは、通常損害と特別損害は如何に区別されるかという点である。本件についてみれば、本件営業利益喪失相当の損害は通常損害にあたるのであろうか。営業利益喪失相当の損害について、これまでの最高裁の判例を紹介する。

一) 判例

営業利益喪失相当部分について、通常損害とした判例は(イ)最判昭39年10月29日⁽³⁾(民集18巻8号1823頁)や、(ロ)最判昭33年7月17日⁽⁴⁾

(3) 無免許で自動車運送事業を営んでいたXが、Yと自動車(普通型トラック)の売買契約を締結したところ、Yが、車体検査登録手続や登録名義変更手続の協力をしなかったことにより車体検査が受けられなかったため当該自動車を使用することが出来ず、その使用によって得べかりし利益を喪失したとして、その賠償を求めた事例。Xの事業の経営が、道路運送法4条1項に違反しても、Xが他人と締結するそれぞれの運送契約が私法上当然無効とはならず、運送賃を受領することを妨げない。「しからば、得べかりし利益の損失は、民法416条により賠償を受けうる通常生ずべき損害に当たる」と判断した。

(4) 私鉄を経営するY社の電車軌道上において、Xの営業用自動車が突然の故障を生じて停車中、Y社の電車がその運転手の過失により当該自動車を破損させ、その賠償を求めた事例。原審では、事故が電車の運転手の過失であることを認め、かつ当該自動車の修理費の請求は認容したが、得べかりし利益の損失については、特別の事情により生ずべき損害であるとした上で、その予見可能性を否定し、営業利益喪失相当の損害の賠償請求全部を否定した。これに対し、最高裁は「貨物自動車が、電車運転手の過失に基づく衝突によって破損し、それがため休車した場合において、右自動車の所有者が休車によりその期間中、こ

(民集12巻12号1751頁)がある。(イ)(ロ)の両事件とも、債務者側の事情によって営業用自動車を使用することができなくなった事例であり、その使用によって得べかりし利益の喪失部分について通常損害とした事例である。

これに対し、営業利益喪失相当部分について、通常損害とは認められないと判断したのが(ハ)最判昭32年1月22日⁽⁵⁾(民集11巻1号34頁)である。(ハ)事件は、土地の賃貸借の債務不履行により、新たな営業が始められなくなったことにより生じた営業利益喪失相当の損害を、通常損害ではないとした事例である。

二) 営業利益相当の損害についてのまとめ

これまでの判例は、営業利益相当部分の損害を通常損害として認めた事例(イ)・(ロ)、特別損害とした事例(ハ)のどちらもあるという状況である。しかし、(イ)・(ロ)に関しては、両原告はいずれも事業者で、その目的物が貨物用自動車であるため、事業用であることがわかりやすい事例である。このように、当事者が商人であり、目的物の用途が事業用

れを使用して得べかりし一日2,000円の割合に依る利益を喪失した旨の主張に対し、特段の事情によって生じた損害であって、通常生ずべき損害で無いとした判断は、経験則違反・審理不尽・理由不備のそしりを免れない」と判断した。

- (5) 土地賃借人Xがその地上に建物を建て新たに営業を始める計画であったのに、賃借人Yが土地を引き渡さなかったためにその計画が実行できず、Xが営業利益喪失相当の損害を被ったとして賠償を求めた事例。「借地権の侵害行為と借地権者がその借地上に新たに建物を建てて営業を営むことにより得べかりし利益の喪失による損害との間には相当因果関係が無いというけれども、かような損害は民法416条1項にいわゆる通常生ずべき損害とはいえないとしても、同条2項にいわゆる特別事情に依る損害たりえないものではない」として、通常損害にはあたらないと判断した。

である場合には、営業利益喪失相当の損害は通常損害にあたると認めてよいと考える。商人との取引であれば目的物が事業用に使用するものであることは容易に想像できるであろうし、それが使用不能となった場合に当然営業利益の損失を生じるからである。(ハ)の事件において通常損害にあたらないとされたのは、Xに過去の営業実績が無く、実際に営業を行っているわけでもないという事例であり、当事者の性質が他の二件と少し異なっているためであると考えられる。

本判決についてみれば、使用目的を店舗としている賃貸借であるから、当該店舗部分が使用不能となることによって営業ができなくなることは容易に判断できるであろう。そのため、営業利益喪失相当部分について通常損害とした本判決の立場は、従来判断に即したものであるといえる⁽⁶⁾。

(二)損害軽減義務について

一) 判決の内容

本件で最高裁は、「Xがカラオケ店の営業を別の場所で再開する等の損害を回避又は減少させる措置を何ら執ることなく」、営業利益相当の「損害のすべてについての賠償をYらに請求することは、条理上認めら

(6) なお、学説においては、実際に生じた損害がいずれに該当するかという点は明確ではなく、契約の種類によって判断されなければならないとされている。その際に考慮すべき要素として、(a)当事者の属性・立場・関係(当事者が商人であるか、売主か買主か、小売店やメーカーか消費者か)、(b)目的物の種類・性質(動産か不動産か、特定物が不特定物か、代替措置を執ることができるか)、(c)社会経済状況(価格変動が特別な状況であるか)という点があげられている。中田裕康『債権総論』(2008)160頁、奥田・前掲(注1)178頁。

れない」との判断をした。これは、直接的に義務という言葉を用いてはいないものの、債務不履行により損害を被った債権者には、損害を防止する措置を執るべきであるという「損害軽減義務」があることを認めたといえる判決である。

本判決では、損害軽減義務の根拠として、従来とは異なり「民法416条1項にいう通常生ずべき損害の解釈上」という文言を用いている点が特徴的である。本判決では、416条1項の解釈上損害軽減措置を執るべき時期以降は通常損害に含まれないとの判断であったため、損害軽減義務に違反した場合であっても特別損害としては認められる余地があると読み取ることが出来る。すなわち、本判決では、損害軽減義務の機能として、発生した損害が通常損害か特別損害かを振り分ける機能を持ち、損害軽減義務が通常損害の範囲を確定する基準になると考えられる。

二) 損害軽減義務の有無に関する学説

損害軽減義務とは、債務不履行が生じた場合、代替物を容易に入手できるときなどは、目的物の引渡に固執すべきではなく、遅滞無く代替物を手当てし、損害の軽減に努めるべきであり、軽減措置を執るべき時期以降の損害は賠償額に含めるべきではないとする義務であるとされている⁽⁷⁾。損害軽減義務は、元来英米法特有の義務であったが、わが国では早い段階で谷口教授⁽⁸⁾によって主張され、損害の範囲や賠償額の算定基準時、減額調整事由として議論されてきた。

これまでは、損害軽減義務は保護範囲説のもとで、損害賠償額の算定

(7) 内田貴『民法』(2005) 124頁。

(8) 谷口知平「損害賠償額算定における損害抑止義務」『損害賠償責任の研究 [上]』(1957) 250頁。

基準時の問題として議論されてきた。保護範囲説では、416条は予見可能性による損害賠償範囲の制限を表した条文であり、基準時が問題になるのは、損害の範囲ではなく金銭評価の際であるため、損害軽減義務は損害賠償額の算定基準時の問題となる。

これに対し、相当因果関係説では、416条1項の通常損害は相当因果関係の枠内で賠償額を決定するものであり、損害軽減義務についても、明確に義務として意識されてきたというよりも相当因果関係の判断の中で考慮されてきたといえる。本判決も、「民法416条1項にいう通常生ずべき損害の解釈上」との判断であったため、損害軽減義務を416条の枠内で考慮しているので、相当因果関係説にもとづいているといえる。

この点について、評釈でも、本判決が相当因果関係説にもとづく解釈している見解⁽⁹⁾、もしくは意識してはいないものの相当因果関係説にもとづいて解釈しているとみられる見解⁽¹⁰⁾が多数である。しかし、本判決を保護範囲説にもとづくものとして考え、本件の損害軽減義務を金銭評価の際の問題として考えている見解もある⁽¹¹⁾。

三) 履行請求権との関係

近時では、内田教授の履行請求権の一義性に対する問題提起⁽¹²⁾に対し

(9) 難波譲治「批判」私法判例リマックス40 2010上(2010) 24頁以下。

(10) 多くの評釈は、本件で損害軽減義務が416条の枠内で考えられていることに触れてはいないものの、否定的な見解を示しているわけではない。日下部真治「判批」法律のひろば2009・11(2009) 59頁、潮見佳男「批判」ジュリストNo.1398 92頁、中村肇「批判」法学セミナー No.654 128頁、野沢正充「判批」判例タイムズ1298号63頁、広峰正子「批判」法律時報 81巻12号 114頁など。

(11) 川村洋子「批判」法学教室(2009)18頁。

(12) 内田貴「強制履行と損害賠償」法曹時報42巻10号(1990) 26頁。

て森田教授が批判⁽¹³⁾を加えたことを契機として、損害軽減義務は損害賠償額の算定基準時の問題として、履行請求権との関わりにおいて議論されている。

内田説は、損害軽減義務を肯定することで、損害賠償額の算定の基準時を、代替措置を執るべき時とし、市場の存在する代替物の取引においては、履行強制は代替取引が期待できない場合に限るという要件を加えるべきであると主張している。このように解することで、強制履行はできないが損害賠償は可能であるという債権が数多く存在することになり、強制履行が債権の原則的効果とはいえなくなるという。

内田説では、解除時とは無関係に、代替措置を取るべき時を基準時とするが、これに対して批判を加えたのが森田説である。すなわち、414条が履行請求を認めている以上、わが国の法制度は履行請求が原則であり、損害軽減義務を原則とすることはわが国の法制度に合致しないとの批判である。この見解からは、損害軽減義務を導入するとしても、解除義務によって債務の転形を介在させて履行請求権と抵触しない限度で可能となるという主張がされている。ただし、この場合、「解除時＝損害軽減義務を負うべき時」と考えるのではなく、「適時に解除すべき義務」を負うとして、この時期以降の拡大損害は過失相殺で処理することになる。

この点については、本判決は内田説に近い立場であると考えられる。本件でYらは本件賃貸借契約の解除の意思表示をし、本件店舗部分の明け渡しを求めているが、裁判ではそれが棄却されている。わが国では、414条において履行請求が原則的効果であることが明言されているため、損害軽減措置を執るとしても、解除してからとなるはずである。しかし、本件では、契約の解除を認めていないにもかかわらず、損害軽減措置を

(13) 森田修「『損害軽減義務』について」法学志林91巻第1号(1993) 180頁。

執るべき時以降の損害を全部賠償すべきではないとして、損害軽減義務を認めている。そのため、本判決は、内田説のように履行請求を原則的效果としていないとみることができるのである。本判決に対する評釈でも、本判決を内田説のように解除義務を前提としていないものであると理解している見解がある⁽¹⁴⁾。

しかし、森田説による内田説批判を踏まえて、解除を要せず損害軽減義務を認めることは問題であるとの理由から、本判決では損害軽減義務を認めたわけではないと解する見解もある⁽¹⁵⁾。そのような見解では、本判決の上記の問題に対する解決方法として、次のように説明する。すなわち、「損害軽減義務」や「代替措置を採る義務」とは明言していないことから、条理から通常損害の範囲の解釈を導くことにより解除義務を介さないことによる問題を回避しているとする⁽¹⁶⁾、もしくは、本判決では債権者側に解除権を行使できるような客観的な事情がある場合に限り損害軽減義務を認めていることから、解除しないで損害賠償請求する場合にも、賃貸人に使用収益させる義務が期待できないような状況がある場合は、「損害を回復又は減少させる措置」を講ずるべきであり、解除が可能な時点における損害賠償額に限定されると解したにすぎないとしている⁽¹⁷⁾。ただし、いずれの見解であっても、わが国では414条がある

(14) 野沢前掲(注10)63頁。本判決を、内田説に基づくものであると捉えたうえで、損害軽減義務は解除を前提として認められるものであるとして、本判決が、解除を前提とせずに損害軽減義務を認めているのは問題である点や、代替取引が必ずしも容易ではない建物賃貸借契約においては、契約を解除せず履行請求することもやむをえないという点を指摘する。

(15) 日下部前掲(注 10)59頁、千葉恵美子「判批」判例時報2051号(2009)170頁。

(16) 日下部前掲(注 10)59頁。

(17) 千葉前掲(注 15)170頁。

ため、履行請求を前提とせず、解除を不要とする内田説に対しては批判的である⁽¹⁸⁾。

四) 損害軽減義務の内容

本件は、目的物の引渡債務といった事例ではなく、修繕義務の不履行についての事例である。裁判所は、本件ビルは老朽化が激しく本件賃貸借契約をそのまま長期にわたって継続しえたとは必ずしも言えない状況であるうえ、Xは機材購入資金も得ていたのであるから本件店舗部分以外の場所での営業を行うことも不可能ではないため、Xは代替措置をとるべきであったとして損害軽減義務を認めた。そして、裁判所は、Y側の解除を否定したことで、契約が有効に存続していると判断しているにもかかわらず、Xに対し履行請求することを求めている。そのため、本判決は内田説に近いといえよう。

しかし、内田説は本来保護範囲説を前提とした見解である。これに対し、本判決では、「民法416条1項にいう通常生ずべき損害の解釈」を根拠として、賃借人の損害軽減義務を認め、損害軽減措置を執ることができたと解される時期以降の損害のすべてを賠償額に含めるべきではないとしている。つまり、本判決は、損害軽減義務を416条の枠内で考慮しているため、相当因果関係説を前提としていえると考えられる。

保護範囲説では、損害軽減義務は金銭評価の際の算定基準時の問題として扱われ、その基準時は損害軽減措置を執るべき時ということになる。しかし、相当因果関係説では、損害の範囲ないし賠償額の算定基準時は解除時や適時に解除すべき義務を前提として損害軽減措置を執るべき時

(18) その他、内田教授の見解に否定的な意見を示す評釈として 難波前掲(注9) 25頁。

などとしており⁽¹⁹⁾、それ以後の損害については特別損害として予見可能性の有無で判断されることになる。この点について、本件では、裁判所は「民法416条1項にいう通常生ずべき損害の解釈上」、賃借人が「上記措置を執ることができたと解される時期以降における上記営業利益相当の損害のすべてについてその賠償をY1らに請求することはできない」との判断をし、損害軽減措置をとるべき時期以降の損害であっても、賠償額に含まれる可能性があることを示唆しているとみることができる。つまり、損害軽減措置を執るべき時以前の損害は、「通常生ずべき損害の解釈上」すべて賠償が可能であるため、この部分は「通常損害」を意味し、本判決での損害軽減義務は、通常損害の範囲を確定する機能を持っていると考えられるのである。損害軽減措置を執るべき時期までの損害が通常損害となり、それ以後の損害については特別損害として特別の事情についての予見可能性の有無で損害に含まれるか否かを判断するということになる。

本件では、裁判所は「遅くとも本件本訴が提起された時点」では損害軽減措置をとるべきであるとの判断をしている。相当因果関係説にたてば、この時点が解除すべき時ということになるが、本判決においては、保護範囲説のいうように損害軽減措置をとるべき時と考えたとしても同時点ということになるため、結論としては矛盾するものではないといえよう。

(3) 評価

(19) 谷口前掲(注 8)254頁。斎藤彰「契約不履行における損害軽減義務 損害賠償額算定の基準時との関連において」『損害賠償法の課題と展望(中)』(1990)76頁以下。また、森田説も同様に理解している。

(一)営業利益損失相当部分について

判旨に賛成する。学説、判例を踏まえたうえで、本件についてみると、本件賃貸借契約の目的物は事業用店舗であるし、事業用の目的で賃貸借契約を締結していることから、営業目的の賃貸借であることは明らかである。そのため、本件で裁判所が本件営業利益喪失相当部分の損害を416条1項にいう通常損害に当たるとした判断は、従来の判例に照らしてみても妥当であるといえる。

(二)損害軽減義務について

判旨の結論には賛成である。ただし、本判決からは、履行請求権と損害軽減義務の関係について、いかなる論理によって履行請求権の第一義性が否定されるのかが示されていないため、事例判断としての意義を有するにすぎないと考えられる。すなわち、本件のように、a)履行請求する実益が無く、b)代替措置を容易にとり得る場合には、妥当な結論であろう。

本判決は、損害軽減義務の内容について、過失相殺のような減額事由としてとらえるものではなく、次のように理解しているといえる。つまり、損害軽減義務は、416条1項の通常損害の範囲を確定する基準としての機能を持つとの判断がなされている。このように解することによって、営業利益喪失部分の損害について、通常損害とは認められない場合でも、当事者が予見可能であった場合には特別損害として救済される余地が出てくる。本件のような損害軽減義務の理解は、どこまで一般化できるかという問題もあるため、事例判断として意義があるにすぎないだろうが、このように理解することにより、通常損害の範囲が明確になってくるのではないか。

また、本判決では、契約が有効な状態で、賃借人が賃料も供託している事例であるから、賃借人側の占有に過失はないため、過失相殺での処理はなじまないと考えられる。そのため、本判決が、過失相殺の主張に対して判断をしなかったのは妥当である²⁰⁾。

(三)履行請求権との関係について

わが国では、履行請求が原則的效果であることから考えれば、履行請求を原則としない内田説は採り難く、本判決は、a)代替措置をとることが容易であり、b)履行請求する実益が無いという場合に限って妥当するといえよう。しかし、建物の賃貸借契約のような場合には、一般に代替取引が容易ではないことが多い²¹⁾。むしろ、このような要件を満たすケースは、本件のような賃貸借契約ではなく、多くの種類物売買にあてはまるものである。そのため、本件は、一事例に対する判断ではあるものの、種類物売買について損害軽減義務が問題となる事案においても、先例としての意義を持つといえる。

(4)残された課題

なお、本判決からはいかなる場合に特別損害として認められるかが明らかではない。損害軽減義務が通常損害の範囲を確定するとしても、特別損害の範囲がどのように決せられるのかという問題が残る。特別損害についてはその特別の事情について予見可能性が必要となる。特別の事

²⁰⁾ 川村前掲(注 11)18頁

²¹⁾ 事業用店舗については、賃料の高低、顧客の定着度、立地条件等の理由から代替取引が容易ではないとの指摘がある。野澤 前掲(注10) 67頁。

情については、代替措置をとるべき時期以降であるにも関わらず、それを執ることができなかった事情とするのが妥当であると思われる。しかし、予見可能性については、単に当事者が認識していたかという事実レベルで捉えるべきではない。ここでの予見可能性を単なる事実に予見可能性と捉えてしまうと、債権者が債務者に対して問題の事情を告知しておけば賠償範囲に含まれうるとの問題があるとの指摘がある⁽²²⁾。予見可能性の判断に当たっては、代替措置を執るべきであったか、すなわち損害軽減義務を負わせるべきかという規範的な価値判断を必要とすべきである。

(22) 潮見佳男『債権総論 第二版』(2003)351頁。